



Digitized by the Internet Archive
in 2012 with funding from
University of Ottawa

POUR UN NOUVEAU DROIT
ADMINISTRATIF FÉDÉRAL

Droit administratif

Document de consultation

900692

POUR UN NOUVEAU DROIT ADMINISTRATIF FÉDÉRAL

Section de recherche en droit administratif

Document de consultation préparé à l'intention de la

Commission de réforme du droit du Canada

par

John Frecker, commissaire
Patrick Robardet, coordonnateur
John Clifford, conseiller
Daniel Mockle, conseiller
Kernaghan Webb, conseiller

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à :

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7^e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1987
N° de catalogue J32-8/1-1987
ISBN 0-662-55094-3

Table des matières

INTRODUCTION	1
CHAPITRE UN : La situation actuelle	5
I. La conception traditionnelle du droit administratif	5
A. Origine et description	5
B. L'obsession du contrôle judiciaire	6
II. Les lacunes de l'approche traditionnelle	7
A. Le déclin de la responsabilité ministérielle	7
B. La croissance de l'État administratif	8
C. L'autonomie politique de l'Administration	9
CHAPITRE DEUX : Le défi du renouveau	11
I. Pour un nouveau droit administratif	12
II. Les prémisses du renouvellement	14
A. L'existence de l'État	14
B. Les impératifs de la Charte	16
C. L'objectif de démocratisation	17
CHAPITRE TROIS : L'approche conceptuelle	19
I. Le cadre thématique	19
A. Le statut juridique	19
B. Les procédés, la procédure administrative et les moyens d'action	20
C. L'organisation de l'Administration	21
D. Les contrôles internes et externes	22
II. Les sujets d'étude proposés : plan quinquennal	24
A. La recherche à court terme	25
B. La recherche à moyen terme	27
C. La recherche à long terme	27

Introduction

Ce document de consultation vise à exposer, pour fins de commentaires, les principaux éléments qui doivent fonder tout effort de modernisation du droit administratif fédéral. À titre de réformateurs du droit, nous voulons proposer des réformes précises en matière de droit substantif et de procédure afin d'améliorer l'équité, l'efficacité et l'efficacités de l'Administration fédérale. Dans cet esprit, nous examinerons des questions telles que la prise de décisions, le contrôle exercé par la Cour fédérale sur l'action administrative et le statut juridique des divers organes de l'Administration fédérale. Nous nous intéresserons également au rôle du droit dans l'activité administrative et aux moyens de réalisation des objectifs publics qui concernent directement les individus. En somme, nous voulons revaloriser le droit en tant qu'instrument de promotion de l'équité, de l'efficacité et de l'efficacités administrative. Nous voulons découvrir, pour les corriger, les déficiences des régimes juridiques qui font obstacle à cette promotion. Enfin, nous voulons examiner plus attentivement l'utilisation du droit pour faciliter la réalisation de ces objectifs.

Pour des impératifs de concision, ce document de consultation ne contient pas d'analyse détaillée ni de références quant à nos sources. Des analyses plus fouillées et les sources consultées seront présentées dans des études en cours de préparation en vue de publier un rapport au Parlement. Au stade actuel de nos travaux, nous voulons exposer notre démarche de façon claire et simple dans l'espoir de susciter, dans l'immédiat, des commentaires et des suggestions.

La conception dominante du droit administratif insiste sur le rôle du droit en tant que mécanisme de contrôle et de rectification de l'erreur administrative. Dès sa création, la Commission de réforme du droit du Canada (CRDC) a adopté une approche plus large et a voulu examiner en détail l'action administrative en vue de formuler des règles et des normes pour améliorer la régularité. L'un des objectifs recherchés est de réduire au minimum la nécessité d'une action corrective par les tribunaux. Jusqu'ici, nos travaux de recherche ont consisté surtout en des monographies d'organismes administratifs autonomes tels la Commission d'assurance-chômage et le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. Cette première phase a abouti à la présentation au Parlement de notre rapport n° 26 intitulé *Les organismes administratifs autonomes* (CRDC, 1985); ce rapport contient nos recommandations générales au sujet des décisions prises par ces organismes.

Plus récemment, nos travaux ont été élargis aux moyens d'application des objectifs publics; ils ont aussi examiné comment les méthodes d'application des lois facilitent l'observation de ces objectifs ou au contraire entravent cette observation (voir le document de travail n° 51, *Droit, objectifs publics et observation des normes* (CRDC, 1986)). Nous avons simultanément commencé l'examen des nombreux privilèges et immunités dont jouissent certains organes de l'Administration fédérale en raison de leur

assimilation à la Couronne (voir le document de travail n° 40, *Le statut juridique de l'Administration fédérale* (CRDC, 1985) et le document d'étude intitulé *L'immunité d'exécution* (CRDC, 1987)).

La progression de nos travaux souligne la difficulté de concilier la conception traditionnelle du droit administratif avec les réalités de la vie administrative.

Nos doutes quant à la pertinence de cette conception traditionnelle ne sont pas nouveaux. Certains problèmes ont déjà été étudiés par bon nombre d'auteurs qui ont fait remarquer que l'identification des lacunes représente tout au plus un premier pas en vue de leur solution. Quoi qu'il en soit, à cette étape préliminaire, il est impossible de se prononcer, dans un sens favorable ou défavorable, sur les propositions de réforme formulées par d'autres. À notre avis, la plus grande difficulté provient d'une incompréhension des liens entre le droit et l'Administration. Il faut comprendre ces liens avant d'entreprendre toute réforme significative. Cet objectif requiert une approche fondamentalement nouvelle du droit administratif.

Ainsi, nous devons comprendre d'une part, les fonctions de l'appareil administratif de l'État et, d'autre part, les objectifs de l'Administration, tant ceux qui participent de la protection de l'intérêt public que ceux qui se traduisent par des programmes spécifiques. Les moyens employés pour réaliser ces objectifs soulèvent des interrogations quant aux droits et obligations de l'Administration et des administrés.

Dans cette optique, il faut examiner les structures institutionnelles chargées d'exécuter les multiples activités de l'Administration. Ces structures prennent les formes les plus diverses, du ministère à l'organisme administratif autonome, du tribunal administratif à l'entreprise publique, sans oublier l'institution mixte au sein de laquelle collaborent les secteurs public et privé. Les mécanismes qui assurent la responsabilité de l'Administration varient selon le mode d'intervention, tout comme les règles qui régissent l'organisation et le fonctionnement de chaque institution administrative. En droit administratif, il faut harmoniser les normes procédurales et les mécanismes de contrôle en fonction des diverses formes organisationnelles.

Le choix d'une forme organisationnelle particulière entraîne des effets juridiques qu'il faut évaluer avec soin. Par exemple, le contrôle ministériel des ministères ou des entreprises publiques est généralement admis alors qu'un contrôle de ce type sur les organismes juridictionnels est mal perçu. Ces effets juridiques n'ont pas été systématiquement examinés dans le passé.

Comme nous l'avons fait remarquer dans le document de travail n° 51 (CRDC, 1986), l'activité administrative ne se résume pas à l'application de règles et à l'imposition de sanctions en cas de manquement. Les objectifs de l'Administration sont principalement atteints grâce à la négociation, la persuasion et l'application sélective d'incitatifs. Pour mieux subordonner l'activité administrative au principe de légalité, il est nécessaire de mieux comprendre les instruments et techniques déployés par les administrateurs pour appliquer les lois et réaliser les objectifs publics.

Il convient également de mieux comprendre la diversité des mécanismes de contrôle de l'activité administrative. La conception traditionnelle du droit administratif privilégie les tribunaux comme principaux mécanismes de contrôle. Une approche novatrice visera à instaurer d'autres mécanismes à caractère non contentieux tels l'ombudsman, le réexamen interne des décisions ou des mesures d'ordre intérieur.

Les régimes juridiques n'existent pas en vase clos. Les structures et les règles juridiques ont des effets économiques et sociologiques importants. Ces effets doivent être étudiés, et des critères doivent être formulés pour décider de l'opportunité d'autres solutions en droit administratif. Les méthodes et concepts de disciplines connexes, telles la science politique, l'économie, la sociologie et la science administrative, peuvent servir à mieux comprendre le droit administratif.

CHAPITRE UN

La situation actuelle

I. La conception traditionnelle du droit administratif

A. Origine et description

Au Canada, les principes du droit administratif ont été définis en grande partie par les juges. En d'autres termes, le droit administratif est surtout considéré comme la somme des décisions rendues par les tribunaux dans le cadre du contrôle judiciaire de la légalité de l'action administrative.

En général, on attribue la paternité de cette approche dominante à Dicey, auteur de *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10^e éd., Londres, MacMillan, 1959), ouvrage publié pour la première fois en 1885. Si l'antiétatisme phobique du crédo libéral énoncé au dix-neuvième siècle par Dicey a été largement abandonné, les éléments fondamentaux que ce dernier a formulés quant à la nature du principe de légalité, sont encore révévés comme le fondement même de notre démocratie politique. De même, l'affirmation de Dicey selon laquelle l'existence d'un ensemble de règles de droit distinct pour régir l'Administration et ses rapports avec le public est «tout à fait étrangère» et «fondamentalement incompatible» avec nos traditions de common law, est encore largement admise, presque considérée comme une évidence. Pour Dicey, l'Administration n'est rien d'autre que la somme de ses membres qui, comme les autres citoyens, sont tous assujettis au droit commun. De même, les tribunaux chargés d'interpréter et d'appliquer l'ensemble de ce droit commun sont aussi investis de la mission de le faire observer par les membres de l'Administration.

Le rejet de l'idée même d'un droit spécial, dont les règles seraient interprétées et appliquées par une juridiction distincte, sert encore de fondement à la conception dominante du droit administratif. En résumé, cette vision nie l'existence du «droit administratif» et se borne à définir son objet par la simple application du droit commun aux litiges qui peuvent opposer l'État et l'individu.

La conception dominante ne reconnaît pas l'existence de l'Administration en tant qu'entité juridique distincte. Pourtant, de par nos traditions juridiques, l'Administration jouit de privilèges et d'immunités importants, ce qui, dans les faits, soustrait la plupart des activités de l'Administration à l'application du droit commun, contrairement à la

conception de la légalité avancée par Dicey. En outre, le souci de corriger les erreurs administratives sur la base de griefs individuels empêche souvent la réalisation d'objectifs publics souhaitables élaborés démocratiquement.

B. L'obsession du contrôle judiciaire

On aurait tort de voir dans notre analyse de la conception traditionnelle du droit administratif au Canada un quelconque rejet du contrôle judiciaire de l'action administrative en tant qu'élément fondamental du droit administratif. Nos critiques manifestent simplement un sentiment de frustration devant l'importance exagérée accordée au contrôle judiciaire par la doctrine et la pratique. L'évaluation de bien d'autres problèmes s'impose et doit contribuer à la modernisation du droit administratif au Canada. Il est grand temps de retenir une perspective plus globale et plus évolutive de ce que devrait être l'objet du droit administratif.

On ne peut assigner un rôle au contrôle judiciaire sans d'abord comprendre comment le droit conditionne et contrôle l'action administrative. En assujettissant les prérogatives de la Couronne au contrôle judiciaire, l'arrêt *Operation Dismantle c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 441, montre que le droit occupe désormais une place centrale au sein de l'action administrative. Comme la complexité institutionnelle croissante de l'État affaiblit de plus en plus les théories traditionnelles de la responsabilité politique de l'Administration devant le Parlement, il faut s'interroger sur l'élargissement possible de cette responsabilité grâce à d'autres mécanismes.

Deux points sont à considérer ici. D'une part, on peut chercher à apprécier la portée réelle et potentielle du contrôle judiciaire. Cette approche privilégie les voies de recours, ainsi que le pouvoir des tribunaux de structurer ou de restructurer l'action administrative. D'autre part, l'assujettissement de l'action administrative au droit suppose beaucoup plus que du contrôle judiciaire. Cette approche globale met en lumière la nécessité de soumettre plus étroitement l'Administration au droit, mais également la nécessité d'étendre le cadre d'une responsabilité de type juridique. En effet, un contrôle de type juridique dépasse le contrôle judiciaire pour inclure davantage des régimes exigés par la Constitution et fondés sur la loi des règlements et des mesures d'ordre interne. La réforme du cadre de la décision administrative peut donc être envisagée sans égard aux solutions aléatoires de recours judiciaires, et le droit régir l'organisation de l'État conformément aux exigences fonctionnelles d'une bonne administration. Avec une telle approche, le contrôle judiciaire demeure le mécanisme de contrôle final de l'action administrative.

Tout en reconnaissant leur contribution, il est illusoire de s'attendre à ce que les tribunaux assument la responsabilité première de réévaluer globalement le droit administratif. La nature même de la fonction du juge limite sa capacité de proposer des réformes. Saisis de façon ponctuelle de situations précises, les tribunaux ne peuvent que trancher des litiges. Les affaires soumises à leur contrôle ne représentent souvent que des problèmes marginaux qui ne permettent pas de saisir les lacunes structurales d'un système.

II. Les lacunes de l'approche traditionnelle

Selon l'approche traditionnelle fondée sur une conception essentiellement antagonique des rapports Administration/administrés, le droit se résume à un système de contrôle négatif. Cette approche insiste sur le caractère externe de la révision judiciaire, considérée comme un mécanisme de contrôle négatif intervenant a posteriori. Dès lors, la compréhension de la continuité du processus administratif est faussée par la polarisation sur le particulier et le pathologique au détriment du général et du normal. Plus particulièrement, cette conception empêche de saisir comment le droit structure l'Administration et l'État. Il se peut qu'une telle approche ait été satisfaisante au dix-neuvième siècle dans le contexte particulier de l'Angleterre libérale de Dicey, mais elle est absolument inadaptée de nos jours.

A. Le déclin de la responsabilité ministérielle

Dans la tradition de common law, l'Administration doit en principe répondre de ses actes devant le Parlement par le jeu de la responsabilité ministérielle. Comme cette dernière est considérée comme un moyen convenable d'assurer la responsabilité politique de l'Administration, il n'apparaît donc pas nécessaire de prévoir un droit spécial pour contrôler l'action administrative. Les administrateurs, comme tous les particuliers, sont assujettis au droit commun. Ainsi, la tradition juridique anglaise exclut l'existence d'un corps spécial de règles de droit pour structurer et contrôler l'action administrative.

Aujourd'hui, les mérites de cette solution dépendent beaucoup de l'efficacité pratique de la responsabilité ministérielle comme mécanisme de contrôle de l'Administration. Nous ne voulons pas nous lancer dans de longs développements sur la situation de cette doctrine au Canada. Plusieurs ouvrages ont déjà été consacrés à la question. Il suffira de dire que sur le plan pratique, il y a tout lieu de croire que le principe de la responsabilité ministérielle, toujours central dans la théorie constitutionnelle, n'est pas dans une situation brillante.

Réformer le droit administratif afin qu'il puisse répondre aux besoins de la société contemporaine exige que l'on réexamine la validité des principes constitutionnels à la base de la conception actuelle du droit administratif. Il est impossible de se prononcer immédiatement sur les solutions à envisager suite à un tel réexamen. Cependant, il importe de trouver des solutions. Le droit administratif doit être modifié pour tenir compte de l'évolution des rapports entre le Parlement et l'Administration. Bien plus, il faut renverser ce déclin de la responsabilité parlementaire de l'Administration pour que la pratique puisse coïncider avec la théorie constitutionnelle, ou créer alors de nouveaux mécanismes assurant la responsabilité de l'Administration.

B. La croissance de l'État administratif

Les réalités de l'art de gouverner en cette fin de vingtième siècle sont très différentes des conditions plus ou moins élémentaires d'autrefois. On ne saurait réformer le droit administratif sans tenir compte d'au moins trois dimensions essentielles de la gouverne moderne.

- (1) Après des débuts modestes en 1867, la bureaucratie fédérale est devenue le vaste complexe administratif que nous connaissons aujourd'hui. La dynamique institutionnelle de cette Administration est totalement négligée dans la conception traditionnelle.
- (2) L'activité du gouvernement fédéral s'est multipliée et diversifiée au point où elle englobe presque tous les aspects de notre vie, du contenu des programmes de télévision et des normes en matière d'étiquetage des produits alimentaires jusqu'aux critères d'attribution des prestations de la sécurité sociale, telles l'assurance-maladie ou l'assurance-chômage. La conception traditionnelle, fondée sur des rapports antagoniques entre les individus et l'État, ne tient aucunement compte de l'importance de la dépendance croissante des particuliers à l'égard de l'activité et des services de l'État, de même que de ses effets sur le plan juridique.
- (3) Les techniques de l'action administrative, c'est-à-dire les moyens par lesquels l'État réalise ses objectifs publics, sont beaucoup plus raffinées et complexes que ne l'envisage la conception traditionnelle qui suppose que le gouvernement se contente d'édicter des normes par la loi ou des règlements avec des pénalités pour en réprimer la violation. Comme nous l'avons fait remarquer dans notre document de travail n° 51 (CRDC, 1986), les prescriptions coercitives ne touchent qu'une partie des relations Administration/administrés. Les moyens d'action de l'Administration, telles les incitations fiscales, les subventions et la négociation de délais pour l'observation des normes, qui dans leur ensemble infléchissent directement les rapports juridiques entre les particuliers et l'État, débordent largement le cadre traditionnel du droit administratif. Si la diversité des formes de l'action administrative n'est *pas* nouvelle, la méconnaissance de cette réalité dans la conception classique du droit administratif devient gênante à mesure que s'élargit cette action.

La conception traditionnelle du droit administratif est inspirée du libéralisme économique du dix-neuvième siècle où l'État ne jouait qu'un rôle limité. Selon cette idéologie, l'État apparaît surtout comme l'arbitre des forces sociales et l'autorité créatrice de règles juridiques destinées à assurer l'organisation générale de la vie sociale. Il exerce les pouvoirs de police mais son champ d'action est restreint par une philosophie d'intervention limitée. Les règles adoptées par le Parlement sont appliquées d'abord par les tribunaux. L'adaptation qui s'impose, de même que les modifications sociales, est laissée, pour l'essentiel, à l'initiative privée. Le trait dominant de cette idéologie est le rejet de l'idée que l'Administration puisse constituer une force motrice dans le maintien de l'ordre social.

Une telle conception a le défaut de ne pas traduire l'élargissement considérable des fonctions de l'État fédéral au Canada. Depuis ses débuts, l'activité du gouvernement fédéral est de nature interventionniste. Ceci est incompatible avec l'idéologie qui fonde la conception classique du droit administratif. L'Administration fédérale est devenue un instrument majeur d'adaptation, de changement et de contrôle social. Les niveaux fédéral et provinciaux de gouvernement ont répondu aux besoins et aux aspirations par une gestion et une organisation actives de la société.

Ce changement dans la compréhension des missions de l'État a des conséquences considérables sur le droit administratif. La reconnaissance de l'intensification des interventions de l'État nécessite l'élaboration de nouvelles solutions. L'État administratif moderne a une vie et une volonté propres et ce fait doit être reconnu et compris pour assurer sa soumission au principe de légalité.

C. L'autonomie politique de l'Administration

Selon la théorie classique de la démocratie, les choix politiques sont transformés en objectifs sociaux après avoir été débattus dans le cadre d'un processus politique. Au préalable, les partis politiques ont dû lutter pour la conquête provisoire du Pouvoir. Cependant, comme les spécialistes des sciences administrative et politique le reconnaissent depuis longtemps, l'Administration joue dans l'État moderne un rôle de premier plan. Ce rôle ne se résume pas à la simple application des objectifs publics mais inclut aussi leur conception et leur élaboration mêmes. Par exemple, maintes initiatives réglementaires sont le fruit d'initiatives propres d'une Administration dont l'action n'est pas nécessairement dépendante de pressions politiques. Il se peut même que les politiciens et le public ignorent jusqu'à l'existence du problème dont la solution exige une action de réglementation. Les motifs de ces initiatives administratives sont variés et complexes; ils vont de l'engagement social et du service au public, jusqu'à la construction d'empires personnels ou la création égoïste de privilègiatures. Nous n'aborderons pas ici les raisons qui expliquent le comportement et le fonctionnement de l'Administration. Toutefois, le fait que cette autonomie de l'État administratif moderne ne soit pas abordée ni même reconnue dans la conception traditionnelle du droit administratif, laisse songeur. Il serait utile de prévoir des mécanismes pour rendre l'Administration davantage responsable de l'orientation qu'elle exerce sur les objectifs publics.

L'Administration formule et applique constamment des règles. Dépourvues de caractère réglementaire, ces règles n'en gouvernent pas moins son activité. Un tissu particulièrement dense de normes encadre le fonctionnement interne de la plupart des institutions fédérales. Ces normes peuvent être formulées dans des circulaires, des directives, des instructions, des notes, des manuels, etc.; leur appellation varie selon les institutions. Bien que ces règles aient un caractère impératif au sein des différentes institutions, elles ne relèvent pas du cadre formel de la réglementation officielle et n'ont, en principe, aucun caractère obligatoire hors du cadre de l'institution, même lorsqu'elles conditionnent une décision visant des tiers. Néanmoins, ces normes internes

concernent directement le public. Le droit administratif devrait prévoir des moyens de contrôle de leur élaboration et de leur application.

De même, le droit administratif doit pouvoir tenir compte des divers moyens par lesquels l'Administration atteint les objectifs publics, peu importe que ceux-ci soient fixés par la voie du processus politique ou par l'Administration elle-même. À l'heure actuelle, il existe peu de normes ou de procédures à caractère juridique pour régir de vastes domaines de l'action administrative, tels le recours aux incitations financières ou l'appréciation de l'opportunité d'intenter des poursuites. Il n'est peut-être pas souhaitable d'adopter une attitude trop légaliste à ce sujet, mais il importe d'étudier la nature et le fonctionnement de l'Administration afin que le droit administratif coïncide mieux avec les besoins actuels.

CHAPITRE DEUX

Le défi du renouveau

La réforme du droit administratif peut être menée sur divers plans. D'abord, à un niveau élémentaire, le changement le plus significatif proviendra des attitudes nouvelles chez les divers intervenants. Les administrateurs doivent admettre l'utilité d'un meilleur encadrement juridique de leurs activités. Les administrés et leurs procureurs doivent être davantage soucieux des objectifs publics légitimes qui fondent l'action administrative, ne serait-ce que pour reconnaître que leurs rapports avec l'Administration ne sont pas forcément antagoniques. Les juges responsables en dernier ressort du contrôle de l'activité administrative doivent être sensibilisés à la nature nouvelle des rapports Administration/administrés. Ils devraient user de leur autorité avec modération, tout en demeurant vigilants pour protéger les libertés individuelles, mais en tenant compte aussi de la nature de l'action administrative ou des objectifs publics à atteindre.

Cependant, ces changements d'attitude ne suffiraient pas pour assurer la réalisation de réformes indispensables en droit administratif. Seul le Parlement est en mesure de prendre certaines initiatives. Il est cependant nécessaire de laisser aux administrateurs une grande latitude dans l'application de la législation car il est impossible d'édicter des règles précises pour résoudre tous les problèmes. Le législateur devrait néanmoins préciser davantage les objectifs publics qu'il entend réaliser dans chaque texte législatif et, si possible, formuler des lignes directrices ou des normes générales pour l'application de ces objectifs.

Bon nombre des réformes nécessaires à cette adaptation du droit administratif aux besoins actuels exigeront des interventions législatives. Avec la prolifération des institutions administratives et des régimes législatifs spéciaux, le droit administratif n'a plus grand chose à voir avec la vénérable doctrine de common law. Il incombe au Parlement d'effectuer les réformes législatives nécessaires dans ce domaine.

La Commission de réforme du droit du Canada peut et devrait jouer le rôle de catalyseur en ce qui concerne les changements d'attitude et les réformes fondamentales qui devront en définitive être effectuées par la voie législative. Cette tâche, la Commission ne peut toutefois pas l'accomplir isolément. La réforme du droit administratif exige la conjugaison des efforts des juristes aussi bien que ceux des administrateurs et des spécialistes des sciences sociales, telles la science politique, la science administrative et l'économie. Cette réforme mérite aussi une réorientation de la pensée des avocats et des juges qui devraient admettre les limites du contrôle judiciaire et devraient se préoccuper davantage de la dynamique du processus administratif.

On ne saurait réformer le droit administratif sans tenter de concilier les valeurs des juristes et celles des administrateurs. Défini de façon succincte par John Willis ((1968) 18 U.T.L.J. 351), le problème réside dans le fait que les avocats, imprégnés d'une philosophie qui vise à limiter les atteintes portées par l'État aux libertés individuelles, sont souvent hostiles aux objectifs sociaux qui orientent l'action administrative. Les avocats ont tendance à ne considérer l'action administrative que du seul point de vue de l'individu isolé affecté dans ses droits, souvent sans se soucier des objectifs de redistribution qui conditionnent l'approche des administrateurs. Malgré la prépondérance des valeurs des avocats dans un droit administratif qui privilégie le contrôle judiciaire, les divergences de valeurs ont eu des effets négatifs. Avec la croissance de l'État administratif, une bonne partie de l'activité administrative qui aurait dû normalement être soumise au droit, déborde les frontières du droit administratif actuel.

I. Pour un nouveau droit administratif

La conception traditionnelle du droit administratif insiste surtout sur l'aspect «contrôle». Ce droit est considéré comme un mécanisme permettant aux particuliers lésés de contester l'action administrative et de demander réparation devant les tribunaux. Dans cette optique, le droit administratif circonscrit l'action administrative et réprime des abus de pouvoir. Ainsi appliqué à l'action administrative, le common law n'a pour objet que les abus dont sont victimes des individus. Cette préoccupation reste valable, mais elle ne saurait résumer le droit administratif.

Le droit administratif a deux fonctions. Il englobe l'ensemble des règles relatives aux droits et obligations de l'Administration, ainsi que les rapports de cette dernière avec ceux qui sont visés par son action. Malgré son caractère évident, la chose n'en représente pas moins un changement de perspective fondamental en droit administratif.

Le droit administratif doit s'imposer comme le droit du fonctionnement de l'Administration. L'action administrative devrait être davantage encadrée par le droit. La première étape vers l'élaboration d'un droit administratif capable de régir convenablement toute l'activité administrative consiste à reconnaître que les fonctions de l'Administration sont, d'une part, d'organiser et de définir ses fins et ses moyens et, d'autre part, de matérialiser les rapports État/individus. L'organisation et l'exécution des missions administratives peuvent et doivent être régies par le droit administratif. De même, notre droit administratif devrait clarifier les effets juridiques des diverses formes d'actes administratifs; il devrait définir de quelle manière et à quel moment ces actes modifient les droits et obligations des individus visés. Parmi les questions à examiner de façon méthodique, il faut retenir les suivantes :

- En quoi consiste, en droit, une décision administrative; comment la distinguer d'un acte qui n'est pas tout à fait une décision administrative ou d'un acte qui ne constitue pas une décision?
- Comment établir une distinction en droit entre les différents types d'actes administratifs (contractuel, unilatéral ou mixte)?

- Quelle valeur normative attribuer aux directives administratives formulées dans les bulletins d'interprétation et les manuels de gestion, lesquels déterminent l'action administrative mais semblent être inférieures aux règles formelles?
- Quelles exigences procédurales devraient être imposées aux administrateurs dans l'exercice de leurs différentes fonctions (élaboration de règles, prise de décisions, formulation d'objectifs publics, répartition des ressources publiques)?
- Dans quelle mesure l'activité des administrateurs en matière d'application des objectifs publics (la négociation, les incitations, l'inspection, les poursuites) devrait-elle être soumise à des règles ou à des normes juridiques?
- Quand et par quel moyen un particulier intéressé peut-il demander la révision d'un acte administratif?

La conception traditionnelle postule que le droit administratif n'est que le droit privé appliqué dans le contexte de l'action administrative dont l'originalité intrinsèque n'est pas perçue. Plusieurs principes fondamentaux propres au common law et même ceux de nombreux textes législatifs ont pour origine le cadre des rapports privés entre individus. Souvent, les concepts et les principes du droit privé sont inadaptés à la nature des problèmes rencontrés en droit public. La responsabilité délictuelle de la Couronne, par exemple, est analysée à la lumière des mêmes règles qui déterminent la responsabilité entre particuliers. Le recours au droit privé permet souvent à l'État d'être exonéré dans des cas où l'intérêt général voudrait que sa responsabilité soit retenue.

Le droit administratif doit permettre de saisir la nature spéciale de l'acte administratif. Par nature, ces actes ont une dimension *publique* parce qu'ils sont le fait de l'appareil administratif de l'État. Contrairement aux individus, ce dernier a le pouvoir d'imposer sa volonté unilatéralement. En matière d'action administrative, le droit n'exige pas l'adhésion des parties intéressées comme c'est généralement le cas dans les rapports entre personnes privées. Ceci n'exclut pas que l'Administration puisse poursuivre une activité commerciale consensuelle qui ne devrait pas être régie par le droit administratif. Cependant, dans les cas où l'Administration est investie du pouvoir ultime de modifier unilatéralement les droits et les obligations des individus, des règles spéciales sont nécessaires pour organiser et contrôler l'exercice de ce pouvoir. L'une des fonctions essentielles du droit administratif est d'offrir un tel régime. Cette caractéristique du droit administratif, en tant que droit de l'action de l'État, le distingue des autres branches du droit.

Pour que le droit administratif puisse s'acquitter de cette fonction, l'analyse doit porter surtout sur le contenu matériel, plutôt que sur la forme, des actes administratifs. La conception actuelle est trop polarisée sur les questions de forme. Ainsi, la classification quasi judiciaire d'une fonction repose sur l'analyse des formalités procédurales au détriment des questions de fond propres à la décision. Le droit administratif doit être développé pour évaluer les actes administratifs en fonction de leur impact réel sur la situation juridique des intéressés, plutôt que de rechercher leur degré de conformité à une forme prédéterminée.

Les réalités du fonctionnement de l'État administratif entraînent l'inégalité des rapports Administration/administrés. Des règles spéciales propres au droit administratif peuvent être nécessaires pour corriger ce déséquilibre et protéger les libertés individuelles. Il ne faut pas oublier que dans le monde occidental, le droit administratif est traditionnellement orienté vers la protection des droits et libertés individuels par le biais du contrôle judiciaire de l'action administrative. À ce titre, ce droit s'impose comme un droit libéral pour la société et constitue à bien des égards l'une des manifestations fondamentales de la démocratie. Ce caractère libéral du droit administratif doit être reconnu et préservé dans toute nouvelle réforme.

La nécessité d'élaborer un ensemble distinct de règles de droit administratif ne requiert pas forcément la création de tribunaux spécialisés. Certains défenseurs du common law n'en verront pas moins dans notre analyse une manœuvre hérétique en vue d'emprunter surnoisement des concepts européens étrangers à notre système. Cependant, à cette étape préliminaire, nous n'affirmerons pas que l'approche continentale conviendrait mieux pour régler les difficultés actuelles. Nous faisons simplement remarquer que s'il faut adapter le droit administratif aux réalités de l'État moderne, il est impérieux de soulever certaines questions fondamentales et de ne pas refuser de voir les conséquences pratiques qui en découleront.

II. Les prémisses du renouvellement

Comme nous l'avons déjà fait remarquer, une réforme du droit administratif devra refléter l'existence de l'État à titre d'entité juridique distincte. En tant que fiction constitutionnelle, la Couronne ne peut adéquatement représenter l'État. Le droit administratif doit également être réévalué pour tenir compte des nouvelles dispositions impératives de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Compte tenu du caractère intrinsèquement libéral du droit administratif, cette réforme doit conduire à une démocratisation des rapports État/individus. Ces trois questions vont successivement être reprises en détail.

A. L'existence de l'État

Nous avons critiqué la conception traditionnelle parce qu'elle ne reconnaît pas l'État en tant qu'entité juridique distincte. L'«État», il faut le reconnaître, est une fiction utile pour faire des distinctions. Bien que distinct de la société civile, l'État représente l'autorité suprême. L'autorité et le pouvoir de l'État, tout comme l'obéissance de ses sujets, procèdent de la loi. L'État est un faisceau de pouvoirs juridiques. Par conséquent, les rapports État/individus doivent être analysés en fonction des effets de l'action étatique sur les droits et les obligations individuels.

Il importe de reconnaître que l'État a une double mission. D'une part, l'État possède une fonction négative en contraignant l'activité privée par diverses prohibitions et prescriptions et, d'autre part, exerce une fonction prestataire. La dynamique du droit peut varier considérablement en fonction de l'une ou l'autre de ces missions. Les règles du droit administratif doivent refléter ces deux missions et offrir aux individus des garanties juridiques suffisantes.

L'échec de la conception dominante dans sa négation de l'État en tant qu'entité distincte, est aggravé par une méconnaissance du nombre et de la diversité des modèles décisionnels au sein de l'Administration fédérale. L'approche traditionnelle divise les administrateurs entre ceux qui agissent en qualité d'«administrateurs» et ceux qui agissent en qualité de «juges». Selon cette approche, tous ceux qui travaillent au sein d'un ministère agissent de manière administrative. Pour ceux qui opèrent en dehors du cadre traditionnel du ministère, les critères de classification sont tout à fait obscurs. De plus, l'approche traditionnelle n'arrive pas à distinguer correctement le caractère industriel et commercial de certaines activités des administrateurs.

La complexité grandissante de la gouverne rend plus floue la théorie constitutionnelle de la séparation des pouvoirs (législatif, exécutif et judiciaire). La diversité des institutions et de leurs activités défie toute tentative de classification. Le régime parlementaire suppose implicitement l'absence de séparation absolue du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. L'indépendance du pouvoir judiciaire est consacrée par le statut des tribunaux. Toutefois, des fonctions «judiciaires» sont également exercées en dehors du cadre des tribunaux par le pouvoir exécutif. Il reste à décider si l'indépendance du pouvoir judiciaire, garantie par la Charte, fait obstacle à l'exercice de fonctions «judiciaires» par le pouvoir exécutif, ou si elle nécessite une séparation plus nette des «organismes juridictionnels» et du pouvoir exécutif.

Parmi les questions complémentaires, nous devons évaluer l'impact sociologique de régimes juridiques sur la société civile. Cette question, qui ne relève peut-être pas directement du droit administratif, devra pourtant être examinée si nous voulons élaborer un droit administratif adapté aux besoins actuels. Les règles et les procédures d'un système juridique produisent parfois des effets pervers sur le comportement et les aspirations des intéressés. Notre approche du droit administratif devrait tenir compte de ces effets déformants des régimes juridiques pour tenter d'introduire des mécanismes correctifs lorsque cela est possible. À ce stade préliminaire, la solution ne s'impose pas d'elle-même. Nous voulons simplement signaler que l'examen de ce problème fait partie de la modernisation du droit administratif.

La plus importante conséquence de la croissance de l'État administratif, ou plus précisément de l'État-providence, est peut-être la dépendance grandissante des individus à l'égard de l'État. L'amélioration générale du bien-être matériel dans notre société est perçue comme l'une des réussites de la démocratie capitaliste. Toutefois, la dépendance grandissante du public à l'égard des initiatives de l'État peut affecter profondément la démocratie, surtout si le droit n'arrive pas à rectifier l'inégalité fondamentale qui oppose l'Administration et les administrés sur le plan juridique et économique.

Le droit doit également reconnaître un statut juridique satisfaisant aux individus visés par l'action administrative. À titre d'usagers de service public et d'administrés assujettis aux réglementations étatiques, ils possèdent certains droits et obligations qui devraient être clairement définis en droit administratif. Ainsi, des recours et garanties satisfaisants pourront maintenir des rapports équilibrés entre l'État et les individus.

Pour satisfaire des impératifs de gestion dans l'État administratif, l'organisation et la technique peuvent conduire à négliger les objectifs publics, les principes juridiques et les valeurs sociales. La bureaucratie fédérale a réussi de façon inégale à maîtriser la complexité grandissante de l'art de gouverner. Le droit doit aider à maintenir l'Administration responsable des méthodes qu'elle utilise pour exécuter des programmes.

B. Les impératifs de la Charte

L'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982* (éditée par la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R.-U.) 1982, chap. 11), et notamment de la Charte, a consacré des principes généraux qui, comme ceux de la légalité, de la proportionnalité et de l'égalité, auront des effets directs sur l'action administrative. La Charte «conscientise» davantage le public sur la nécessité de meilleures garanties juridiques. Les conséquences de ces nouvelles orientations devront être clairement comprises par le Parlement avant d'introduire de nouvelles réformes en droit administratif fédéral.

À cette étape, on ne saurait prédire l'orientation que la Charte imprimera au droit administratif au Canada. Nous avons déjà indiqué que la difficulté de la réforme consiste à trouver un point d'équilibre entre les valeurs administratives et les valeurs du droit. Cependant, cette recherche d'un certain équilibre pourrait déjà être périmée. Sous réserve de l'article 33, la Charte peut être invoquée pour faire triompher une approche individualiste sur la dimension collective de toute intervention de l'État. De ce point de vue, la Charte accentue le rôle du droit dans la légalisation et la consécration de certaines valeurs libérales relatives aux rapports État/société. Cette orientation peut bloquer la reconnaissance des valeurs et principes de l'action administrative et nous ramener ainsi à la vieille notion de l'État non interventionniste.

Cependant, il n'est pas inéluctable que la Charte serve à ramener l'État à son rôle traditionnel de législateur et d'arbitre. Les impératifs sociaux qui ont conduit à l'État administratif ne s'évanouissent pas simplement par le jeu d'une doctrine constitutionnelle. Les principes inscrits dans la Charte devront déboucher sur des solutions innovatrices afin de s'adapter aux réalités de l'État administratif. Ce nouvel ordre normatif requiert que toutes les actions de l'État et les règles du droit administratif soient justifiées. Ces actions et ces règles sont désormais susceptibles de faire l'objet d'une évaluation judiciaire à la lumière des principes et valeurs consacrés sur le plan constitutionnel par la Charte.

La tradition judiciaire d'un contrôle minimum sur la fonction de police de l'Administration, ne peut qu'évoluer sous l'impulsion de la Charte. Il s'agit d'une étape

positive pour la modernisation du droit administratif canadien, à condition que le contrôle judiciaire demeure sensible aux impératifs de l'État administratif.

Jusqu'à tout récemment, l'État n'avait pas à justifier ses interventions devant les tribunaux. Comme l'a démontré l'arrêt *Hunter c. Southam* ([1984] 2 R.C.S. 145) depuis l'avènement de la Charte, le maintien de l'équilibre entre les intérêts de l'État et ceux de la société dépend de l'appréciation souveraine des tribunaux. Un contrôle judiciaire plus poussé de l'action étatique et administrative remplace maintenant le contrôle minimal exercé sur la fonction normative de l'État. Cette évolution laisse peut-être présager un développement du droit administratif semblable à celui que nous proposons. La nouvelle approche proposée dans ce document pourra éventuellement guider les tribunaux dans l'exercice de leur pouvoir de surveillance. Toutefois, son utilité dépend de la réalisation urgente de recherches pour clarifier la nature des fonctions administratives et des rapports Administration-administrés.

C. L'objectif de démocratisation

Paradoxalement, l'approche traditionnelle du droit administratif, pourtant si soucieuse de la protection des libertés individuelles contre toute intervention abusive de l'État, demeure étrangement silencieuse sur le droit des administrés de participer au processus administratif. Parce que cette approche rejette l'idée de l'existence de l'Administration en tant qu'entité juridique distincte, elle néglige les problèmes fondamentaux entraînés par l'infériorité juridique et économique des individus dans leurs rapports avec l'État.

Comme nous l'avons déjà fait observer, le droit administratif devrait être une manifestation fondamentale de la démocratie dans notre société. La démocratie implique davantage que le simple droit d'invoquer la loi contre les abus du Pouvoir. Elle suppose également la reconnaissance d'un droit positif de participer à l'élaboration des objectifs publics et d'influer sur les actions administratives.

En termes concrets, cette démocratisation pourrait inclure le droit d'être informé en temps opportun des initiatives administratives, et également le droit de présenter des observations sur les effets probables des interventions administratives. L'Administration pourrait être soumise à certaines obligations à l'égard des administrés, notamment celle de motiver ses décisions et d'assurer la transparence et l'imputabilité du processus décisionnel. En général, nous estimons qu'il importe de simplifier la procédure administrative et d'en augmenter l'efficacité, tout en réduisant les coûts de participation des individus.

Dans une certaine mesure, ces objectifs du droit administratif sont couverts par les règles de justice naturelle et par l'obligation d'équité procédurale imposées à l'Administration. Toutefois, dans le système actuel, le respect de l'équité ou d'autres exigences n'est garanti que par un contrôle judiciaire dont le coût est beaucoup trop élevé pour la majorité des individus. Même lorsqu'il s'adresse aux tribunaux, le

requérant est désavantagé par le déséquilibre complet entre les parties et par la complexité des privilèges et immunités de l'Administration. Au chapitre du droit substantif, des correctifs pourraient être introduits. Par exemple, lorsqu'un dommage résulte d'une mesure administrative prise dans l'intérêt général, il peut être nécessaire de rectifier l'inégalité entre l'État et les individus en accordant une indemnité fondée sur l'idée d'une juste répartition des charges publiques, plutôt que sur la notion de faute empruntée au droit privé.

CHAPITRE TROIS

L'approche conceptuelle

Afin de présenter une vision cohérente du droit administratif, nous l'avons divisé en fonction de thèmes que l'on retrouve en droit allemand, américain ou français : le statut juridique de l'Administration, les moyens de l'action administrative, l'organisation de l'Administration et, enfin, le contrôle.

Cette présentation n'entend pas fermer la porte à des approches multidisciplinaires. Par exemple, il serait intéressant de faire une analyse économique de la responsabilité délictuelle de l'Administration, ou encore, d'entreprendre une analyse sociologique des rapports Administration/administrés. Les quatre grands thèmes retenus permettent de présenter de manière ordonnée une matière extrêmement vaste.

I. Le cadre thématique

A. Le statut juridique

Au Canada, il n'y a pas de lien entre le statut juridique des divers organes administratifs fédéraux et leurs différentes fonctions. Au lieu d'envisager l'Administration comme un ensemble d'institutions conçues pour exécuter des missions précises dans un État moderne, la théorie traditionnelle ne réfère qu'à la Couronne. Ce monolithe conceptuel, hérité de l'Angleterre médiévale, ne reflète plus la situation du Canada moderne. La Couronne est distincte de l'État. Elle ne recouvre pas toute l'activité administrative car bon nombre d'organes gouvernementaux, tels les organismes de réglementation, les entreprises publiques et d'autres institutions, ne font pas partie de l'appareil d'État identifié à la Couronne.

Le statut juridique suppose certains droits et obligations qui peuvent varier selon l'entité concernée. Un statut qui n'obéit qu'à des critères historiques sans aucun rapport avec l'appareil administratif moderne, son organisation, de même que les fonctions réelles de ses diverses composantes, peut *de facto* empêcher le développement et l'utilisation du droit administratif pour encadrer et organiser l'action administrative. Pour que les institutions administratives exécutent efficacement les tâches que leur a confiées la société, il importe d'harmoniser leur statut juridique, notamment leurs privilèges et leurs immunités, avec leurs besoins fonctionnels.

Il est impossible d'appréhender le statut juridique de l'Administration fédérale sans identifier les véritables bénéficiaires des immunités et privilèges reconnus à la Couronne

et sans comprendre leurs conséquences pratiques dans le contexte de l'action administrative. La conception actuelle du droit administratif n'offre aucun élément pour déterminer quelles institutions et fonctions font véritablement partie de l'Administration fédérale. Malgré ses limites imprécises, cette Administration fédérale jouit de divers privilèges et immunités dont l'application souvent inégale et sans logique apparente la discrédite aux yeux de certains. Le droit administratif devrait énoncer des critères permettant d'identifier les institutions qui font partie de l'Administration fédérale et de définir les privilèges et immunités nécessaires à l'accomplissement de leurs fonctions. Ces deux questions doivent être abordées en modernisant le droit administratif.

B. Les procédés, la procédure administrative et les moyens d'action

De manière générale, la décision administrative obéit-elle à des règles de fond et de procédure? Ces règles devraient-elles être uniformes? Ces questions soulèvent un point encore plus fondamental quant au rôle du droit. En admettant que le droit permet de structurer, comment se rattache-t-il, sur le plan du contenu et de la procédure, à l'élaboration des décisions?

Le problème d'un juste équilibre entre le droit et le pouvoir discrétionnaire n'a rien de nouveau. Les tenants de vues plus simplistes pourraient soutenir qu'il y a opposition entre droit et discrétion. Le dilemme ne consiste pas à choisir entre la soumission de l'action administrative à un contrôle juridique formalisé, et l'appréciation discrétionnaire des administrateurs. Il s'agit de trouver le dosage approprié à chaque situation.

De plus, il convient d'examiner les moyens utilisés par l'Administration fédérale pour remplir ses missions, de même que les liens unissant la prise de décision et la procédure. La décision se définit d'abord par son contenu matériel, c'est-à-dire ce qui est décidé. L'élaboration d'une décision suppose un processus à l'issue duquel des mesures sont choisies. La décision recouvre l'acte individualisé, mais sans s'y confondre; en pratique, elle est généralement prise pour créer et appliquer des normes. La décision dérive d'une volonté juridique ou d'un pouvoir d'agir. La nature de la décision administrative et les exigences d'ordre procédural relatives à son élaboration n'ont pas été suffisamment évaluées dans l'approche traditionnelle du droit administratif. En fonction de quels critères peut-on assujettir une décision administrative à un processus décisionnel de type judiciaire, par opposition à d'autres types de procédures? Dans les cas où le modèle judiciaire est exclu, par quelles formalités peut-on satisfaire aux exigences de l'équité et de l'efficacité malgré la diversité des situations?

L'État fédéral dispose d'un vaste éventail de moyens d'action pour exécuter ses missions. Les objectifs publics et les décisions se concrétisent par divers procédés et procédures. Jusqu'ici, les pouvoirs judiciaires, législatifs et administratifs (sans oublier le public) ont privilégié l'arsenal des moyens coercitifs, telles la poursuite des infractions réglementaires et l'attribution de permis. Cependant, l'expansion de la fonction prestataire de l'État l'amène à utiliser davantage des moyens non coercitifs,

notamment les subventions, les incitations fiscales, les prêts sans intérêt ou à taux réduit et la persuasion. Le législateur, les juges et les administrateurs ne se sont pas suffisamment interrogés sur plusieurs aspects pratiques de ces techniques «efficaces», quoique non coercitives. Il en est résulté un fouillis fait de jugements contradictoires, de déficiences conceptuelles et de procédés et procédures improvisés.

Les techniques utilisées par l'Administration soulèvent des questions fondamentales dont plusieurs demeurent sans réponse. Dans quelle mesure la théorie actuelle reflète-t-elle adéquatement l'utilisation de mesures coercitives et de mesures non coercitives? Faudrait-il tirer de l'utilisation des mesures coercitives des analogies susceptibles d'expliquer et de structurer le recours à des mesures non coercitives? À quels régimes devrait-on soumettre ces deux types de mesures? Par exemple, les infractions réglementaires devraient-elles faire l'objet de procédures distinctes et être «jugées» par des organismes spécialisés? Les régimes juridiques sont-ils adaptés à la nature évolutive et contingente des relations Administration/administrés dans la mise en œuvre des objectifs publics?

Les garanties non contentieuses à la disposition des administrés n'ont pas fait l'objet d'études approfondies. La notion de procédure administrative non contentieuse n'est pas reconnue dans la théorie classique du droit administratif. Une charte législative destinée aux usagers de services publics pourrait constituer une première étape vers une réforme du droit dans ce domaine. En l'absence de recherches sur de telles questions, le cadre actuel demeurera insatisfaisant et coupé des réalités, incapable de satisfaire aux besoins des administrateurs et du public. La situation actuelle peut inciter les administrateurs et les intéressés à adopter des pratiques occultes. Obtenir gain de cause auprès de l'Administration exigera de connaître ces règles informelles. De telles pratiques discréditent l'action administrative et freinent le développement de sa cohérence, de sa transparence et de son caractère équitable. Elles peuvent également retarder la reconnaissance de l'importance du droit pour structurer l'Administration.

C. L'organisation de l'Administration

Nous tenons pour acquis que l'organisation de l'État doit répondre aux exigences fonctionnelles d'une bonne administration. Même si les institutions et leurs pouvoirs relèvent du cadre général de la loi et du droit commun, il reste beaucoup à faire pour soumettre au droit l'activité administrative courante.

L'État remplit maintes fonctions au nom de la société. Il agit d'abord à titre d'autorité normatrice tout en dispensant des services. Pour exécuter la première mission, l'État élabore et applique la loi tout en prévoyant des mécanismes de résolution des conflits (par exemple les cours de justice). Il fournit également des biens et des services. Dans une autre perspective, on peut résumer les fonctions étatiques à l'élaboration et à la mise en œuvre des objectifs publics. Chacune de ces fonctions peut être évaluée à l'aide de critères courants. En matière de droit administratif, l'équité et l'efficacité sont les principaux critères d'évaluation de l'action administrative.

La doctrine fourmille d'études sur l'équité, surtout en ce qui concerne le contrôle judiciaire du processus décisionnel, peu importe qu'il s'agisse de tribunaux administratifs, de fonctionnaires ou d'organismes autonomes. L'efficacité devrait être approchée de manière plus globale. Elle suppose l'obligation de rendre compte d'un résultat puisqu'elle sert à mesurer le degré de réalisation de certains objectifs. En matière d'organisation administrative, l'efficacité englobe les grandes orientations tout comme les points mineurs. Cette question est liée au choix des institutions et, par conséquent, aux moyens d'action requis pour exécuter une fonction. Plus précisément, il s'agit de choisir entre un ministère, une entreprise publique ou un organisme indépendant pour accomplir une fonction précise ou certaines actions administratives. Par ailleurs, dans quelle mesure la mise en œuvre des objectifs publics peut-elle être confiée au secteur privé? Doit-elle relever uniquement d'institutions publiques? Quelles modalités d'organisation ces institutions doivent-elles adopter pour exercer correctement des pouvoirs juridiques?

De plus, lorsque la décision prise touche les droits et les obligations des individus, il faut sélectionner un processus et une procédure. Ce choix est lié au type d'institution retenu. En effet, il s'agit de savoir si des modèles organisationnels peuvent être définis. Par exemple, les autorités confient généralement la fonction de trancher les litiges à un organisme qui s'apparente à un tribunal plutôt qu'à une entreprise commerciale.

Le problème de la délégation de pouvoirs et des règles internes au sein des institutions administratives mérite également notre attention. La délégation de pouvoirs, au sens le plus large, peut s'effectuer au profit de parties privées, d'autres autorités ou fonctionnaires relevant de la même institution. Une délégation de ce type peut-elle se matérialiser sans moyens juridiques, sans conditions préalables, tel l'agrément, ou encore sans une formation précise ou autre qualification? Cette délégation devrait-elle être accordée à des personnes précises ou à une autorité investie d'un pouvoir de surveillance?

Les règles internes qui régissent le fonctionnement des institutions publiques appellent également une réforme. Ces règles touchent les individus et les entreprises privées dans leurs rapports avec l'Administration car elles fixent les conditions d'exercice des pouvoirs prévus par la loi, notamment des pouvoirs discrétionnaires. Dans certaines institutions, ces règles sont embryonnaires, alors que dans d'autres, règne le byzantinisme. Un examen approfondi des nombreux processus administratifs s'impose en vue de les rendre plus équitables et plus efficaces par un meilleur encadrement juridique.

D. Les contrôles internes et externes

Pour des fins de clarification, les contrôles peuvent être regroupés en contrôles externes et contrôles internes. Traditionnellement, le contrôle judiciaire est perçu comme le moyen de contrôle par excellence de l'action administrative. Il représente un contrôle externe. En insistant sur une bonne exécution des tâches au départ et en

assignant au contrôle judiciaire un rôle correcteur situé à la fin d'un processus, une large place pourrait être accordée aux mécanismes de contrôle internes *au sein* de l'Administration. Il convient de retenir trois points. En premier lieu, le réexamen interne d'une décision doit être perçu comme une technique valable de correction des erreurs, à la fois pour les administrés et pour les administrateurs. En second lieu, les appels internes, ceux entendus par une autorité hiérarchiquement supérieure au premier décideur, peuvent constituer un mécanisme équitable de révision interne. Il faut également mesurer l'utilité d'autres techniques, tel le recours hiérarchique, pour corriger des erreurs et accorder réparation aux administrés. Des recours internes ou autres moyens de contrôle efficaces sont d'autant plus importants que le requérant doit en principe épuiser tous les recours avant de s'adresser aux tribunaux. En complétant un contrôle judiciaire dont la portée demeure forcément limitée, des contrôles internes vraiment efficaces n'excluraient pas l'utilité propre des contrôles externes. Jusqu'à présent, la possibilité de créer des moyens efficaces de contrôle interne n'a pas été suffisamment étudiée.

Quelle que soit l'ampleur des améliorations internes apportées au fonctionnement administratif, le contrôle externe jouera toujours un rôle de premier plan. Les tribunaux occuperont toujours une place importante parce que leur pouvoir de surveillance fait partie de leurs compétences normales. De plus, les litiges d'ordre constitutionnel affectant un processus décisionnel devront être tranchés par les tribunaux. Cependant, une fois les limites du contrôle judiciaire reconnues, celui-ci demeure une alternative parmi diverses options. Il existe d'autres mécanismes de contrôle externe de l'action administrative.

L'ombudsman pourrait constituer une autre forme de contrôle externe à caractère non contentieux. Même si des ombudsmen spécialisés s'occupent déjà de certains problèmes, il n'existe toujours pas d'Ombudsman fédéral dont le mandat serait général. Cette institution de caractère non conflictuel est un bon exemple de divers modes de redressement qui peuvent être mis à la disposition des particuliers et qui, sans être contentieux, agissent avec un haut degré d'indépendance.

Soulignons également les appels externes formés devant des tribunaux ou des cours, lesquels peuvent suppléer certaines limites propres au contrôle judiciaire. Bien qu'il soit souvent entendu par des tribunaux, l'appel est un mécanisme à ne pas confondre avec le contrôle judiciaire. Statuant en appel, l'autorité concernée peut substituer son opinion à celle du premier décideur tout en examinant plus attentivement le fond de la décision. Le degré de formalisme de l'appel peut dépendre de la nature des intérêts en jeu.

D'autres modes de contrôle non contentieux, telle la vérification interne ou externe, peuvent également jouer un rôle important dans une approche plus ouverte du droit administratif.

Le contrôle de l'action administrative est une fonction que peuvent se partager de nombreux genres de décideurs et d'institutions. Il peut être correctement assuré par la loi et les organismes chargés de son élaboration et de son application. Toutefois, la

complexité de cette fonction exige un certain pluralisme et une certaine interdépendance dans les modalités, les procédures et les organismes choisis pour exécuter cette fonction. Le contrôle juridique peut n'admettre que des litiges relatifs aux compétences ou à des questions de droit. Un appel peut permettre un contrôle poussé sur les faits et le contenu d'une décision. Le contrôle non contentieux ne porte pas sur la légalité d'une décision mais sur sa régularité, sa rapidité, ou encore, ses implications financières.

Un litige juridique peut opposer plusieurs parties ou, plus simplement, un individu et un décideur. Ce litige relève de la procédure contentieuse. Celle-ci suppose des adversaires dont les prétentions respectives sont débattues dans une instance dont la procédure est calquée sur la procédure judiciaire. Ce modèle n'est pas adapté à toutes les formes de contrôle juridique.

De manière générale, la procédure contentieuse propre au contrôle judiciaire présente de nombreuses lacunes. Par exemple, la multiplicité des recours et l'absence de distinction entre droit public et droit privé entraînent de la confusion, de la frustration et de l'injustice. De nouvelles solutions doivent être explorées pour tenter d'unifier les recours contentieux et de préciser leur champ d'application en droit administratif. L'inégalité économique entre les parties et les privilèges procéduraux exorbitants dont jouit l'Administration, laissent entrevoir que la procédure des recours contentieux est, à l'évidence, inadaptée à la nature particulière d'un litige de droit public entre l'Administration et les administrés.

II. Les sujets d'étude proposés : plan quinquennal

Dans les remarques qui précèdent, nous avons tenté d'identifier les problèmes à examiner en vue de réaliser l'indispensable modernisation du droit administratif fédéral. Toute tentative de réforme devra tenir compte des fonctions attendues de l'Administration et exécutées par celle-ci de manière autonome. Elle devra également rompre avec la confusion actuelle, les postulats simplistes et les conceptions rigides du passé.

Autrefois, le droit administratif visait à garantir les droits et les libertés individuels et à protéger les citoyens contre les tendances anti-libérales de l'État. Bien qu'elle constitue toujours un élément important du droit administratif, cette approche traditionnelle ne convient plus en raison du développement de l'action administrative. Si nous réussissons par des réformes à harmoniser davantage le droit administratif avec les réalités de l'État administratif, nous réussirons à faire que le droit régisse toute l'action administrative et puisse rationaliser cette action.

Ce document se termine par des recommandations quant aux études à entreprendre pour réaliser certaines réformes indispensables en droit administratif canadien. Cette liste n'est pas exhaustive. Elle indique plutôt les priorités définies par la Section de

recherche en droit administratif pour les cinq prochaines années, compte tenu des limites matérielles de temps, de personnel et de budget auxquelles nous sommes soumis. Notre contribution reste nécessairement limitée par ces contraintes. Nous espérons cependant que nos efforts stimuleront de nouvelles approches et contribueront à changer certaines attitudes. Sur le plan pratique, nous souhaitons que nos travaux sensibilisent le Parlement sur l'urgence de réformes fondamentales.

La répartition de tous les sujets entre le court, le moyen et le long terme, peut paraître arbitraire. Cette organisation s'explique en grande partie par la nature des travaux déjà en cours, ainsi que par l'impossibilité matérielle de faire démarrer immédiatement des recherches qui n'en restent pas moins urgentes. Pour chaque étape, nous avons respecté un certain pluralisme afin de ne pas privilégier indûment tel ou tel domaine.

De fait, cette idée de pluralisme se reflète dans l'équilibre entre le pratique et le théorique, entre le court terme et le long terme, entre une approche strictement juridique et des approches multidisciplinaires, entre l'exploratoire et les recommandations définitives et, finalement, entre les types d'approche des deux traditions juridiques du pays. Comme le travail à accomplir est immense et la matière extrêmement vaste, ce plan constitue simplement une tentative de rationalisation des travaux. Ce plan n'est pas exhaustif, puisqu'à chaque étape, d'autres sujets prioritaires pourront s'ajouter aux sujets déjà énumérés.

A. La recherche à court terme

- | | |
|---|--|
| (1) Pour un nouveau droit administratif fédéral | Document de philosophie générale en vue de la réforme du droit administratif (avec études complémentaires). |
| (2) L'immunité d'application des lois | Application des lois à la Couronne. |
| (3) Procédure et prise de décision | Une introduction à la prise de décision en tant que processus structuré : préalable à une réforme législative. |
| (4) Les régimes fédéraux d'inspection | Pouvoirs, statut juridique, organisation et contrôle de la « police administrative ». |
| (5) Les incitations financières | Le cadre juridique de l'administration des incitations fiscales, subventions, dégrèvements, etc. |
| (6) Les infractions réglementaires | Étude de la terminologie, du cadre institutionnel, de la preuve et de la procédure en vue d'élaborer une approche du droit distincte du droit pénal. |

- | | |
|--|--|
| (7) La responsabilité délictuelle de l'Administration | Étude d'un nouveau régime d'indemnisation pour les dommages causés par l'Administration fédérale. |
| (8) Le Tribunal administratif d'appel australien | Étude de la récente unification des appels en Australie et comparaison avec la situation canadienne. |
| (9) L'Ombudsman | Étude des problèmes et des propositions relatifs à la création d'un Ombudsman fédéral. |
| (10) Les appels administratifs | Étude des appels à titre d'alternative pour restructurer le régime des appels en droit fédéral. |
| (11) Les paiements <i>ex gratia</i> | Étude du régime administratif d'indemnisation des dommages causés par l'Administration fédérale (directement lié au n° 7). |
| (12) Les délais et prescriptions | Propositions de réforme des privilèges procéduraux dont jouit la Couronne. |
| (13) Les appels en matière d'immigration | Étude des problèmes auxquels est confrontée actuellement la Commission d'appel de l'immigration, avec des propositions concrètes de réforme procédurale. |
| (14) Le statut juridique des entreprises publiques | Proposition d'un nouveau statut juridique pour les activités commerciales de l'État. |
| (15) Les privilèges fiscaux de l'Administration | Étude de la pertinence des privilèges spéciaux relatifs aux activités commerciales de l'État. |
| (16) Les privilèges et immunités procéduraux | Proposition d'un nouveau régime cohérent pour régir les litiges contentieux entre l'État fédéral et les individus. |
| (17) La nature des actes administratifs | Recherches sur la nature des décisions administratives afin de préciser les différences entre l'«administratif» et le «judiciaire». |
| (18) L'unification des recours devant la Cour fédérale | Étude en vue de supprimer le dédoublement de certains recours judiciaires. |

B. La recherche à moyen terme

- | | |
|--|--|
| (19) Loi de procédure administrative | Élaboration d'un cadre législatif pour la procédure administrative (étude fondée sur les travaux de recherche mentionnés aux n ^{os} 3 et 17). |
| (20) La médiation en matière d'environnement | Règlement administratif des conflits à titre d'exemple de procédure non contentieuse. |
| (21) La police administrative | Modernisation des théories classiques sur la fonction coercitive de l'Administration. |
| (22) Le règlement non contentieux des litiges Administration/administrés | Étude de divers modes de règlement amiable des litiges entre l'État et les individus. |
| (23) La transformation des institutions | Étude des répercussions juridiques des transformations institutionnelles (par exemple le passage de tribunal administratif à cour de justice ou celui de ministère à entreprise publique). |
| (24) Le règlement des différends administratifs | Étude des alternatives aux modèles judiciaires de règlement des litiges. |
| (25) La concession de services publics | Examen des conséquences juridiques et des limites de la délégation de fonctions publiques à des agents du secteur privé. |

C. La recherche à long terme

- | | |
|---|--|
| (26) Réforme de la procédure suivie devant la Cour fédérale | |
| (27) Les pouvoirs administratifs internes | Étude du pouvoir hiérarchique et d'autres pouvoirs internes au sein des structures administratives, en guise d'introduction à des travaux complémentaires sur les mesures d'ordre intérieur et les recours internes. |
| (28) Les mesures d'ordre intérieur | Étude du statut juridique et des effets des actes de gestion interne, tels les manuels et les directives. |

- (29) Les recours internes Étude du régime et de l'organisation des recours administratifs internes.
- (30) Le secret administratif et l'accès à l'information Accès à l'information et transparence administrative.
- (31) La preuve administrative Étude des procédés en matière de preuve et recherche de principes unificateurs en matière de décisions administratives.
- (32) Les contrats d'approvisionnement Examen de l'utilisation des contrats d'approvisionnement à titre d'instruments de mise en œuvre des objectifs publics et propositions en vue d'une rationalisation des procédures en la matière (lien direct avec des recherches antérieures, notamment l'étude n° 5).

